

Ungleichbehandlung im Grundsicherungsrecht – eine Nachlese zur Rechtssache »Dano«

Von Prof. Dr. Constanze Janda, SRH Hochschule Heidelberg

Die Vereinbarkeit der Leistungsausschlüsse für Zuwanderer im Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) mit europarechtlichen Vorgaben wird in Rechtsprechung und Literatur seit Langem kontrovers diskutiert. Mit dem Wegfall der Übergangsregelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Staatsangehörigen Bulgariens und Rumäniens war die Debatte schließlich in der Tagespolitik angekommen und wurde dort mitunter polemisch geführt. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Dano*¹ ist daher mit Spannung erwartet worden. Indes: Die erhoffte Rechtsklarheit ist damit nicht herbeigeführt.

Leitlinien der Entscheidung

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB II werden Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende an Personen gewährt, die das 15. Lebensjahr vollendet, aber das Rentenalter noch nicht erreicht haben (Nr. 1), erwerbsfähig (Nr. 2) und hilfebedürftig (Nr. 3) sind und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik haben (Nr. 4). Ergänzt wird diese Regelung durch § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, in dem für Ausländerinnen und Ausländer zusätzliche Voraussetzungen etabliert werden. Ausgeschlossen vom Leistungsbezug sind danach nichtfreizügigkeitsberechtigte Ausländerinnen und Ausländer in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts (Nr. 1), Personen, deren Aufenthaltsrecht sich allein aus dem Zweck der Beschäftigungssuche ergibt (Nr. 2) sowie Leistungsberechtigte nach dem AsylbLG (Nr. 3). In einem Verfahren um Grundsicherungsansprüche einer – nicht arbeitsuchenden! – rumänischen Staatsangehörigen hat das SG Leipzig die Vereinbarkeit des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II mit Europarecht in Zweifel gezogen.² Der EuGH hat sich mit dem Gehalt der sekundärrechtlichen Gleichheitsverbürgungen auseinandergesetzt und kam zu dem Schluss, dass es den Mitgliedstaaten unbenommen sei, die Leistungsgewährung an Unionsbürger zu verweigern, die allein mit der Intention des Leistungsbezugs in die Bundesrepublik eingereist sind.

Geltung des Prinzips der Inländergleichbehandlung für besondere beitragsunabhängige Leistungen

Die auf die Anwendbarkeit des Prinzips der Inländergleichbehandlung nach Art. 4 VO (EG) 883/2004 auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen i.S.v. Art. 70 VO (EG) 883/2004 gerichtete Vorlagefrage hat der EuGH ohne Umschweife bejaht. Dies belege Art. 3 Abs. 3 VO (EG) 883/2004, der die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen in den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung aufnimmt. Zudem schliesse Art. 70 Abs. 3 VO (EG) 883/2004 explizit nur die Aufhebung der Wohnortklauseln aus, sehe für diese Art von Leistungen folglich keinen Leistungsexport vor. Es bleibe bei der Zuständigkeit des Wohnstaates für die Leistungsgewährung, Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 883/2004. Das Exportverbot stehe ausweislich der Erwägungsgründe in engem Zusammenhang zum Prinzip der Gleichbehandlung aller Unionsbürger in ihrem Wohnstaat.

Vereinbarkeit der Leistungsausschlüsse im SGB II mit Europarecht

Das SG Leipzig wollte sodann die Vereinbarkeit von § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II mit Primärrecht und dessen in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG einerseits und in Art. 4 (VO) 883/2004 andererseits enthaltenen sekundärrechtlichen Ausprägungen beurteilt wissen.

Der EuGH hat zunächst seine ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach Unionsbürgern aufgrund dieses »grundlegenden Status« unmittelbar aus Art. 18 AEUV ein Anspruch auf Gleichbehandlung erwächst, sobald sie von ihren Grundfreiheiten Gebrauch machen. Das Diskriminierungsverbot gelte folglich auch für Personen, die ihre in Art. 21 Abs. 1 AEUV gewährleistete Unionsbürgerfreizügigkeit in Anspruch nehmen. Die Freizügigkeit bestehe jedoch nur »vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsbestimmungen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen«. Dieser Vorbehalt werde durch Sekundärrecht ausgefüllt, und zwar durch Art. 24 Abs. 2 RL 2004/EG/EG ebenso wie durch Art. 4 VO (EG) 883/2004.

Das Gericht konstatierte zunächst, dass eine Leistung gleichzeitig als Sozialhilfe im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie und als besondere beitragsunabhängige Geldleistung im Sinne der Koordinierungsverordnung qualifiziert werden könne (Rn. 63). Gleichbehandlung beim Zugang zu Sozialleistungen könne aber nur beansprucht werden, wer nach Maßgabe der Unionsbürgerrichtlinie über ein Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat verfüge (Rn. 69). Anderenfalls sei nicht ausgeschlossen, dass Unionsbürger, die nicht über hinreichende Existenzmittel verfügten, in unangemessener Weise Sozialleistungen in Anspruch nähmen (Rn. 74). Ungleichbehandlungen seien insofern unmittelbar in der Unionsbürgerrichtlinie angelegt (Rn. 77). Dies gelte – eine Begründung bleibt der EuGH freilich schuldig – auch für die Koordinierungsverordnung (Rn. 83).

Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des EuGH ist in ihrem Ergebnis wenig überraschend. Dass ihr keine wegweisende Bedeutung zukommt, liegt zum einen an den ihr zugrundeliegenden spezifischen Umständen – Frau Dano war nicht arbeitsuchend – vor allem aber an ihrer unzureichenden Begründung.

Gleichbehandlung als tragendes Prinzip des Unionsrechts

Das Primärrecht ist vom Gedanken der Freizügigkeit aller Unionsbürger – unabhängig von ihrem wirtschaftlichen Status – und vom Prinzip der Gleichbehandlung geprägt. Jede Einschränkung dieser Grundsätze bedarf der sorgfältigen Begründung, insbesondere mit Blick auf deren Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.³ Freilich statuiert das Primärrecht selbst, dass die Voraussetzungen des Aufenthalts in anderen Mitgliedstaaten sekundärrechtlich determiniert werden. Dies ist mit der Unionsbürgerrichtlinie geschehen, mit der sich der EuGH in der Rechtssache *Dano* vergleichsweise umfassend auseinandergesetzt hat. Völlig unbefriedigend ist jedoch, dass das Gericht eine Analyse der aus der Sozialrechtskoordinierung in der VO (EG) 883/2004 folgenden Prinzi-

1 EuGH, Urt. v. 11.11.2014, C-333/13, InfAuslR 2015, 65.

2 SG Leipzig, EuGH-Vorlage vom 03.06.2013, Az. S 17 AS 2198/12 (juris).

3 V. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 8.

prien unterlassen hat, sondern die aufenthaltsrechtlichen Befunde ohne nähere Begründung auf die Regeln zur Sozialrechtskoordinierung überträgt.

Das europäische koordinierende Sozialrecht soll sicherstellen, dass Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch machen, keine Einbußen in ihren sozialen Rechten erleiden, Art. 48 AEUV. Zu diesem Zweck bestimmt die Verordnung, dass auch in internationalen Biografien immer nur ein Mitgliedstaat für den sozialrechtlichen Schutz zuständig ist (Art. 11). Damit es aufgrund nationalrechtlicher Bestimmungen nicht zu Rechtsverlusten kommt, ordnet die VO (EG) 883/2004 darüber hinaus das Prinzip der Inländergleichbehandlung (Art. 4), die Gleichstellung von anspruchsbegründenden Tatbeständen (Art. 5), die Zusammenrechnung versicherungsrechtlich relevanter Zeiten (Art. 6) und den Wegfall von Wohnortklauseln (Art. 7) an.

In der Debatte um den Zugang zu den Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende kommt dem Gebot der Inländergleichbehandlung aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 zentrale Bedeutung zu. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm sind im Sozialrecht des zuständigen Staates für alle Unionsbürger gleiche Rechte und gleiche Pflichten vorzusehen. Ausnahmen können sich nur aus der Koordinierungsverordnung selbst ergeben.⁴ Zwar hat der EuGH in seiner Rechtsprechung wiederholt darauf hingewiesen, dass eine Ungleichbehandlung im nationalen Sozialrecht gleichwohl zulässig sein kann. Dies gilt jedoch nur, wenn diese auf »auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen [beruht] und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck [steht], der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.«⁵ Daraus kann aber nicht geschlossen werden, Art. 4 (VO) 883/2004 ermögliche generell unterschiedliche Leistungsvoraussetzungen für In- und Ausländer.⁶ Eine genaue Analyse der angeführten Urteile zeigt, dass das koordinierende Sozialrecht im nationalen Recht gründende Anspruchsvoraussetzungen für Sozialleistungen grundsätzlich nur unter der Prämisse zulässt, dass diese für die eigenen Staatsangehörigen ebenso gelten wie für die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.⁷ Beispielsweise bezog sich die Entscheidung *Chateignier* auf das Erfordernis einer vorangegangenen Inlandsbeschäftigung als Voraussetzung für den Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit im belgischen Sozialrecht.⁸ Diese Anforderung galt nur für Ausländer und wurde vom EuGH verworfen. Eine Rechtfertigung sei nur in solchen Erwägungen zu suchen, die keinen Bezug zur Staatsangehörigkeit aufweisen, also für Inländer wie Ausländer gleichermaßen gelten, beispielsweise das Ziel der Vereinfachung von Verwaltungsabläufen⁹ oder die Einsparung von Verwaltungskosten.¹⁰ Den Fällen, in denen der EuGH die Rechtfertigungsmöglichkeit bejahte oder zumindest offen ließ, lagen lediglich mittelbare Benachteiligungen von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten zugrunde. Dies liegt auf der Hand, kann doch eine unmittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schlechterdings nicht durch »von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägungen« begründet werden. Dies gilt auch für § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, der für Unionsbürger über die für Deutsche geltenden Anforderungen hinaus weitere Anspruchsvoraussetzungen etabliert. Das Motiv, eine »Zuwanderung in die Sozialsysteme«¹¹ zu vermeiden, kann sich denknotwendig nur auf andere Staats-

angehörige beziehen, eröffnet somit gerade nicht die vom EuGH vorgesehene Rechtfertigungsmöglichkeit. Eine Sonderregelung für Zuwanderer ist auch nicht erforderlich, wird durch die Anspruchsvoraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts im Inland (§ 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB II) doch bereits sichergestellt, dass »Um-zu-Einreisende« keine Leistungen erhalten.

Verhältnis zwischen Unionsbürgerrichtlinie und Koordinierungsverordnung

Nicht nur diese Erwägung fand in der Rechtssache *Dano* keine Berücksichtigung. Der EuGH bleibt überdies eine fundierte Bestimmung des Verhältnisses der Unionsbürgerrichtlinie zur Koordinierungsverordnung schuldig.

Zwar stellt er fest, dass die in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG genannten Leistungen der Sozialhilfe deckungsgleich mit den besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen nach Art. 70 VO (EG) 883/2004 sein können. Zur Begründung nimmt der EuGH auf seine Entscheidung in der Rechtssache *Breyl*¹² Bezug. Die sozialrechtliche Terminologie sei angesichts der Vielfalt der mitgliedstaatlichen Regelungen nicht anhand formaler Kriterien zu prüfen, sondern ausgehend von ihrer Zielsetzung. Als Sozialhilfe im Sinne von Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 gelten danach alle der Existenzsicherung dienenden Leistungen, mit denen Leistungsberechtigte die eigenen Grundbedürfnisse und die ihrer Familienangehörigen befriedigen können.¹³ Dies kann im Einzelfall auch auf die besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen nach Art. 70 VO (EG) 883/2004 zutreffen. Die Begrifflichkeiten beider Rechtsakte seien ausgehend von deren jeweiligen Zweck autonom zu interpretieren.¹⁴

Für die Abgrenzung zwischen beiden Rechtsakten ist mit dieser Feststellung jedoch nichts gewonnen. Es bleibt dabei, dass Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG eine Ungleichbehandlung zulässt, während die VO (EG) 883/2004 – ebenso wie das Primärrecht, sofern eine »tatsächliche Verbindung« zum Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaates besteht¹⁵ – die Gleichbehandlung gewährleistet. Indem der EuGH Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 als Ausnahme zu Art. 4 VO (EG) 883/2004 konstruiert, nimmt er offenbar das Vorliegen einer *lex specialis* an.¹⁶ Der Anspruch auf Inländergleichbehandlung nach koordinierendem Sozialrecht entstände damit für

4 Statt vieler Schreiber, NZS 2012, 647, 650; Janda, Migranten im Sozialstaat, S. 205 f.

5 EuGH, Slg. 2000, I-7293 (Borawitz); Slg. 2006, I-10951 (Chateignier); Slg. 2007, 563 (Celozzi).

6 So aber Thym, NZS 2014, 81, 84.

7 BeckOK-SozR/Utz VO (EG) 883/2004 Art. 4 Rn. 7; Verschuere, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 165; Janda, Migranten im Sozialstaat, S. 206.

8 Gagel, jurisPR-ArbR 8/2007 Anm. 6; Schlegel, jurisPR-SozR 26/2006 Anm. 1.

9 Offengelassen in EuGH, Slg. 2007, 563 (Celozzi).

10 EuGH, Slg. 2000, I-7293 (Borawitz).

11 Diese ist freilich nicht empirisch belegt, Farahat, VerfBlog 2014/11/11.

12 EuGH, Urt. v. 19.09.2013, C-140/12, InfAuslR 2013, 448.

13 EuGH, InfAuslR 2015, 65 unter Bezugnahme auf EuGH, InfAuslR 2013, 448 (Brey) mit weiteren Nachweisen.

14 EuGH, InfAuslR 2013, 448 (Brey).

15 V. Overmeiren/Verschuere/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 12.

16 Da Verordnung und Richtlinie am gleichen Tag verabschiedet worden sind, kann die *lex posterior*-Regel nicht angewendet werden, Köter, info also 2013, 243, 251.

Unionsbürger, die weder Arbeitnehmer noch Selbstständige sind, erst nach einer dreimonatigen Wartezeit bzw. gar nicht, solange sich die Leistungsberechtigten auf Arbeitsuche befinden.¹⁷

Die Ungleichbehandlung mag zwar in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG angelegt sein; sie ist aber der Sozialrechtskoordinierung fremd. Die Forderung, die Diskriminierungsverbote des Europäischen Rechts gleich auszulegen,¹⁸ ist angesichts der unterschiedlichen Regelungsziele beider Rechtsakte zurückzuweisen. Während die Unionsbürgerrichtlinie die Voraussetzungen für Begründung und Fortdauer des Aufenthalts regelt und den gleichberechtigten Zugang zu Sozialleistungen nur am Rande erwähnt, verfolgt die Verordnung spezifisch und ausschließlich die Sicherung der sozialen Rechte und Anwartschaften von Unionsbürgern, die sich in anderen Mitgliedstaaten aufhalten.¹⁹ Als Instrument des Internationalen Sozialrechts etabliert die VO (EG) 883/2004 vor allem kollisionsrechtliche Regeln, klärt sie doch, welche Rechtsordnung in grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Anwendung kommt und an welchen Anforderungen einzelne Regelungen des nationalen Sozialrechts zu messen sind. Dieses System soll ausweislich der Erwägungsgründe als »Teil des freien Personenverkehrs« (Nr. 1) die Gleichbehandlung sicherstellen (Nr. 5). Die Verordnung harmonisiert gleichsam den persönlichen Anwendungsbereich nationalen Sozialrechts. Auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.²⁰ Dieser Aspekt wird in der Debatte häufig außer Acht gelassen.²¹

Rechtmäßiger vs. gewöhnlicher Aufenthalt

Zwar ergibt sich aus Art. 7 RL 2004/38/EG eindeutig, dass ein Aufenthalt von mehr als drei Monaten in anderen Mitgliedstaaten an die Fähigkeit zur eigenständigen, d.h. von Sozialleistungen unabhängigen Existenzsicherung gekoppelt ist. Erst das Daueraufenthaltsrecht nach Art. 16 RL 2004/38/EG besteht voraussetzungsfrei, entsteht aber erst nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Voraufenthalt. Die Erwägungsgründe, auf die der EuGH Bezug nimmt, weisen auf die Intention der Aufenthaltsvoraussetzungen hin: Es soll ausgeschlossen werden, dass Unionsbürger, die sich in anderen Mitgliedstaaten aufhalten, unangemessen Sozialleistungen in Anspruch nehmen.²²

Dieses Anliegen macht der EuGH zum Maßstab seiner Entscheidung in der Rechtssache *Dano*. Dabei lässt er jedoch die Vorgaben der Aufenthaltsrichtlinie außer Acht, die sich mit der Beendigung des Aufenthalts beschäftigen. Nach Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38/EG besteht das Aufenthaltsrecht über drei Monate hinaus, sofern die eigenständige Existenzsicherung gewährleistet ist. Jedoch darf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nach Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG nicht automatisch die Ausweisung nach sich ziehen.²³ Die Richtlinie gibt folglich eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls vor,²⁴ die der EuGH im Fall *Dano* unterlässt. Eine saubere Urteilsbegründung wäre durch eine dezidierte Verhältnismäßigkeitsprüfung²⁵ zu finden gewesen: Ebenso wie in den Rechtssachen *Baumbast*,²⁶ *Trojani*,²⁷ *Grzelczyk*,²⁸ *Brey*²⁹ und anderen Entscheidungen hätte der EuGH abwägen müssen, ob Frau *Dano* eine tatsächliche Verbindung³⁰ zur Bundesrepublik aufweist und in unangemessenem Umfang Sozialleistungen in Anspruch nimmt. Angesichts der Tatsache, dass Frau *Dano* ohne einen familiären, beruflichen oder schu-

lischen Bezug in die Bundesrepublik eingereist ist, nicht nach Arbeit sucht und eine Arbeitssuche wegen fehlender Sprachkenntnisse und ohne Schulabschluss völlig aussichtslos wäre, hätte dies am Ergebnis der Entscheidung nichts geändert.

Seine Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung lässt der Gerichtshof gänzlich unerwähnt.³¹ Stattdessen führt er den bereits in der Rechtssache *Brey* eingeschlagenen Weg fort und gibt die seit Langem³² geltende Vermutung für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts von Unionsbürgern auf.³³ Es gehörte bislang zum *common sense*, dass das Aufenthaltsrecht in einer auf Bewegungsfreiheit gründenden Union so lange vermutet wird, bis der Aufenthaltsstaat dieses entzieht.³⁴

Die Abkehr von diesem Grundsatz geschieht ohne Not. Die Systematik der Sozialrechtskoordinierung folgt einer eigenen und sehr klaren Begrifflichkeit,³⁵ die die befürchtete »Zuwanderung in die Sozialsysteme« auszuschließen geeignet ist. Nach Art. 2 VO (EG) 883/2004 erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich der Verordnung auf alle Unionsbürger mit Wohnort in einem Mitgliedstaat. Dies ist entsprechend der in Art. 1 lit. j) erfolgten Definition der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts. Dessen wesentliche Kennzeichen sind wiederum in Art. 11 VO (EG) 987/2009 umrissen. Der gewöhnliche Aufenthalt ist danach gemessen an seiner Dauer und Kontinuität auf dem Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats zu würdigen. Zu berücksichtigen sind dabei die persönliche Situation, die Wohnungssituation, die familiären Verhältnisse, die Ausübung einer Beschäftigung sowie ehrenamtlicher Tätigkeiten in dem Staat sowie die steuerrechtliche Behandlung des Unionsbürgers. Nach Art. 11 Abs. 2 VO (EG) 987/2009 ist hilfsweise schließlich auf den

17 So auch Kötter, info also 2013, 243, 251; ablehnend v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 44 f.

18 Thym, NZS 2014, 81, 84.

19 Schreiber, NZS 2012, 647, 651 bezeichnet Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG daher als »aliud« zum Gebot der Inländergleichbehandlung nach Art. 4 VO (EG) 883/2004.

20 Ähnlich Verschueren, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 162; v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 45.

21 Vgl. Welte, ZAR 2014, 190, 192, sowie Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628, 1628, der den Grundsatz der Inländergleichbehandlung bewusst nicht in seine Überlegungen einbezieht.

22 Dazu EuGH, InfAuslR 2012, 86, Rn. 40 (Ziolkowski).

23 Bestätigt von EuGH, InfAuslR 2001, 481, Rn. 43 (Grzelczyk).

24 V. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 9 f.; Thym, NZS 2014, 81, 85; Fuchs, NZS 2014, 121, 122; Welte, ZAR 2014, 190, 191; Faharat, NZS 2014, 490, 493.

25 Dazu Verschueren, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 171 f.; Devetzi, EuR 2014, 638, 653 f.

26 EuGH, InfAuslR 2002, 463, Rn. 91 ff.

27 EuGH, InfAuslR 2004, 417, Rn. 34.

28 EuGH, InfAuslR 2001, 481, Rn. 44.

29 EuGH, InfAuslR 2013, 448 (Brey).

30 Ausführlich zu diesem Begriff Devetzi, EuR 2014, 638 ff.

31 Dies kritisiert auch Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628, 1629.

32 EuGH, InfAuslR 1998, 316 (Martínez-Sala).

33 So bereits Thym, NZS 2014, 81, 86 f. Kritisch Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628, 1630; Faharat, NZS 2014, 490, 494.

34 Schreiber, NZS 2012, 647, 649 f.; so auch Welte, ZAR 2014, 190, 192, der mit dem Interesse an Rechtssicherheit argumentiert.

35 V. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 49; Faharat, NZS 2014, 490, 494.

Willen der betreffenden Person abzustellen. Diese Kriterien lassen sich unter den Aspekt des »Lebensmittelpunkts« zusammenfassen,³⁶ der aber allein faktisch zu bestimmen ist. Knüpft das nationale Recht den Aufenthalt als Anspruchsvoraussetzung für Sozialleistungen an bestimmte Bedingungen, müssen diese in Einklang mit der koordinierungsrechtlichen Wohnsitzdefinition stehen.³⁷

Koordinierungsrechtlicher Schutz für »wirtschaftlich inaktive« Unionsbürger?

Die unbedingte Anwendung der Inländergleichbehandlung auf alle Personen mit gewöhnlichem – nicht zwangsläufig gemessen an der Unionsbürgerrichtlinie rechtmäßigem – Aufenthalt führt keineswegs zu einer Entkoppelung der VO (EG) 883/2004 vom Primärrecht.³⁸ Historisch gründet das koordinierende Sozialrecht in der Arbeitnehmerfreizügigkeit,³⁹ die durch die »Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten« geprägt ist, Art. 45, 48 AEUV. Damit lässt sich der Rahmen für zulässige Differenzierungen abstecken: Der Anspruch auf Inländergleichbehandlung gilt für Arbeitnehmer – und Personen, deren Status fort dauert – sowie für Arbeitssuchende, denn dieses Recht ist in Art. 45 AEUV verankert.

Dieser Gedanke trägt die Koordinierungsverordnung noch heute, wie ein Blick in die Regelungen über die Leistungen bei Arbeitslosigkeit zeigt. Im Grunde sieht die Verordnung vor, dass Arbeitssuchende im Staat ihrer früheren Beschäftigung verbleiben, denn die Leistungen werden nur begrenzt exportiert. Art. 64 Abs. 1 lit. c) VO (EG) 883/2004 ermöglicht die Arbeitsuche in anderen Mitgliedstaaten für bis zu drei, maximal sechs Monate⁴⁰ unter Aufrechterhaltung der Ansprüche auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit aus dem zuständigen Staat, i.e. dem Staat der früheren Beschäftigung. Dies setzt jedoch die Arbeitslosmeldung im Aufenthaltsstaat sowie eine gemessen an dessen Rechtsvorschriften ernsthafte Beschäftigungssuche voraus, Art. 64 Abs. 1 lit. b) VO (EG) 883/2004. Ist die Arbeitsuche während dieser Frist nicht erfolgreich, endet der Leistungsexport. Dies hat freilich nicht zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt ein Anspruch auf Sicherung der Existenz im Aufenthaltsstaat entsteht. Die Koordinierungsverordnung etabliert kein eigenes Sicherungssystem, sondern verknüpft die von den Mitgliedstaaten eigenverantwortlich ausgestalteten sozialen Sicherungssysteme miteinander.⁴¹ Folglich dient die Verordnung nur der Sicherung wohlhabender Anwartschaften, ohne ihrerseits Rechte zu begründen. Fürsorgeleistungen sind dementsprechend gemäß Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 883/2004 explizit von der Koordinierung ausgenommen. Für Leistungen zur Deckung des Existenzminimums soll gerade kein lückenloses Netz zwischen den Mitgliedstaaten geknüpft werden.

Freilich ist mit der Aufnahme der besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen in die Koordinierungsverordnung ein Umbruch⁴² einhergegangen.⁴³ Jedoch – und das ist der Grund für ihre Einbeziehung in die Koordinierung – knüpfen diese nicht lediglich an Armut, also das Fehlen notwendiger Existenzmittel an, sondern an die Materialisierung eines sozialen Risikos.⁴⁴ Dass ihr Export nach Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 nicht vorgesehen ist, macht deutlich, dass die Leistungen das Leben im Wohnstaat ermöglichen sollen und sich folglich an den dort geltenden Standards orientieren.⁴⁵ Mittellose Unionsbürger, die noch keinen Wohnsitz,

i.e. noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt i.S.v. Art. 11 VO (EG) 987/2004 begründet haben, werden durch diese Regelungssystematik (mittelbar) gezwungen, in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren, wenn sie existenzsichernde Leistungen bedürfen. Damit wird jedoch kein Bruch mit dem Sinn und Zweck des Koordinierungsrechts bewirkt,⁴⁶ sondern dessen ureigenen Anliegen Rechnung getragen.

Bedeutung der Entscheidung über den Fall *Dano* hinaus?

Die Rechtssache *Dano* betraf, ebenso wie der Fall *Brey*, Unionsbürger, die sich ohne hinreichende Existenzmittel in anderen Mitgliedstaaten aufhalten, ohne als Arbeitnehmer oder Selbstständige tätig (gewesen) zu sein und ohne Arbeit zu suchen. Diese Personen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG.⁴⁷ Von – rechtlich wie zahlenmäßig – weitaus größerer Bedeutung ist die Klärung der Vereinbarkeit des in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II verankerten Leistungsausschlusses für arbeitssuchende Unionsbürger. Dies zeigen nicht zuletzt sozialgerichtliche Entscheidungen jüngeren Datums, die Unionsbürgern nach der Entscheidung weiterhin einstweiligen Rechtsschutz gewähren. Zur Begründung wird angeführt, dass die Erwägungen des EuGH im Fall *Dano* nicht auf Arbeitssuchende übertragbar sind.⁴⁸ Auch wenn nunmehr die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende als Sozialhilfe i.S.v. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG zu qualifizieren sind, wird weiterhin das Verdikt des EuGH in der Rechtssache *Vatsouras* und *Koupatantze* zu berücksichtigen sein, von dem sich der EuGH weder in *Brey* noch *Dano* distanziert. Danach sind nationalrechtliche Regelungen mit Art. 45 AEUV unvereinbar, die Arbeitssuchende aus anderen Mitgliedstaaten von Leistungen auszuschließen, die die Eingliederung in den Arbeitsmarkt bezwecken.⁴⁹ Stehen Sozialhilfeleistungen im

36 Devetzi, EuR 2014, 638, 652.

37 Verschueren, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 162; Farahat, NZS 2014, 490, 494.

38 Thym, VerfBlog 2014/12/11.

39 Dazu v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 12 f.; Devetzi, EuR 2014, 638, 639; Schreiber, NZS 2012, 647, 648.

40 Die Koordinierungsverordnung ist in diesem Aspekt weitgehend deckungsgleich mit der Unionsbürgerrichtlinie, vgl. Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/38/EG, der die Rechtsprechung des EuGH, Slg 1991, I-745 = InfAuslR 1991, 151, Rn. 22 (Antonissen) aufgenommen hat. Indes ist die Richtlinie inkonsistent, wenn sie zwar das Aufenthaltsrecht garantiert, aber zugleich in Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG Arbeitssuchenden den Zugang zu existenzsichernden Sozialleistungen im Aufenthaltsstaat verwehrt. Auf diesen Widerspruch weisen auch Wollenschläger/Rickett, Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union FMV 7 (2014) 8 hin.

41 Janda, Migranten im Sozialstaat, S. 205; v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 12.

42 Schreiber, NZS 2012, 647, 648.

43 Zur Entstehungsgeschichte Verschueren, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 159 f.; v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 14.

44 Devetzi, EuR 2014, 638, 640. Kritisch zur Einordnung der Grundsicherungsleistungen in diese Kategorie Köttler, info also 2013, 243, 249.

45 Verschueren, European Journal of Migration and Law 16 (2014) 161.

46 So Farahat, VerfBlog 2014/11/11.

47 So explizit für die Rechtssache *Dano* EuGH, InfAuslR 2015, 65.

48 SG Dortmund, 18.11.2014, S 35 AS 3929/14 ER; LSG Nordrhein-Westfalen, 04.12.2014, L 6 SF 813/14 ER, InfAuslR 2015, 65.

49 EuGH, InfAuslR 2009, 265 (*Vatsouras* und *Koupatantze*); ebenso EuGH, InfAuslR 2004, 375 (*Collins*); InfAuslR 2006, 5 (*Iannidis*); ABl. 2012, Nr. C 399, 6 (*Prete*). Dazu auch v. Overmeiren/Verschueren/Eichenhofer, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, S. 43 f.

Sinne der Unionsbürgerrichtlinie in engem Zusammenhang zu einem Leistungsrecht, das die (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsmarkt anstrebt, wie es prägend für das SGB II ist, müssen diese allen Unionsbürgern gewährt werden, die eine tatsächliche Verbindung zum inländischen Arbeitsmarkt aufweisen.⁵⁰ Man darf gespannt sein, ob der EuGH seine Rechtsprechung konsequent fortführt. Gelegenheit dazu gibt ihm eine Vorlagefrage des BSG,⁵¹ welche die Zulässigkeit der Leistungsausschlüsse für arbeitsuchende Unionsbürger zum Gegenstand hat.⁵²

Fazit

Dem EuGH ist zwar in seinem Ergebnis zuzustimmen, dass es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, Sozialleistungen nicht solchen Unionsbürgern zu gewähren, deren Einreise allein von der Motivation getragen ist, diese zu erlangen (»um zu Einreise«).⁵³ Dies resultiert aber nicht aus einer Interpretation des koordinierenden Sozialrechts im Lichte der Unionsbür-

gerichtlinie, die ausweislich der Erwägungsgründe beider Rechtsakte vom europäischen Gesetzgeber offenkundig nicht beabsichtigt ist.

Der EuGH hat jedenfalls – das mag man als Verdienst von *Dano* bezeichnen – klargestellt, dass Europarecht die vielbeschworene »Zuwanderung in die Sozialsysteme« nicht zulässt.⁵⁴ Vielleicht ermöglicht dieser Befund nunmehr eine sachliche Diskussion um den Leistungszugang tatsächlich arbeitsuchender Unionsbürger.

50 Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628, 1631.

51 Vorabentscheidungsersuchen des BSG vom 10.02.2014, beim EuGH anhängig unter Az. C-67/14.

52 So auch Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628, 1631; Farahat, Verfblog 2014/11/11; Thym, Verfblog 2014/12/11; Devetzi, EuR 2014, 638, 657.

53 EuGH, InfAuslR 2015, 65 (Rn. 78); so bereits Janda, Migranten im Sozialstaat, S. 279. Nach Welte, ZAR 2014, 190, 191 kann ein Leistungsausschluss bei missbräuchlicher Einreise auf Art. 35 RL 2004/38/EG gestützt werden.

54 Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628, 1632.

Leistungen für arbeitsuchenden Unionsbürger

SGB II § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2; SGB III § 328 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1

Die Zulässigkeit des Leistungsausschlusses nach § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II zu Lasten arbeitsuchender Unionsbürger ist durch das EuGH-Urteil i.S. *Dano*, InfAuslR 2015, 65 nicht abschließend geklärt.

Beruhet die Entscheidung auf einer dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Rechtsfrage, ist die vorläufige Erbringung von existenzsichernden Leistungen im Arbeitslosenrecht geboten. (Leitsätze der Redaktion)

LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.12.2014 – L 6 SF 813/14 ER

Sachverhalt: Siehe Entscheidungsgründe.

Aus den Gründen: Nach § 199 Abs. 2 SGG kann der Vorsitzende des Gerichts, das über das Rechtsmittel zu entscheiden hat, die Vollstreckung durch einstweilige Anordnung aussetzen, wenn das Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat.

Der Aussetzungsantrag ist zulässig. Der vom Antragsteller mit der Beschwerde angefochtene Beschluss des Sozialgerichts vom 31.10.2014 ist ein vollstreckbarer Titel (§ 99 Abs. 1 Nr. 2 SGG). Mit ihm wurde der Antragsteller im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der Antragsgegnerin ab dem 16.09.2014 bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, längstens für die Dauer von 6 Monaten, Regelbedarfe nach dem SGB II in gesetzlicher Höhe und die anteiligen Kosten der Unterkunft und Heizung für die zugewiesene Wohnung in Köln zu gewähren. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (s. § 175 Satz 1 und 2 SGG).

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Anordnung nach § 199 Abs. 2 SGG, die Vollstreckung einstweilen auszusetzen, ist eine Ermessensentscheidung (s. BSG SozR 41500

§ 154 Nr. 1; LSG BW Beschluss vom 26.01.2006 – L 8 AS 403/06 ER; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 10. Aufl. § 199 Rdnr 8 mwN; aA BSG SozR 3-1500 § 199 Nr. 1). Sie erfordert regelmäßig eine Abwägung des Interesses des Gläubigers an der Vollziehung mit dem Interesse des Schuldners, nicht vor der Beendigung des Instanzenzuges zu leisten (s. Leitherer aaO mwN). Bei der Bewertung der Umstände des Einzelfalles können auch die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels von Bedeutung sein (s. BSG SozR 4 aaO). Für die einstweilige Aussetzung der Vollstreckung bedarf es aber regelmäßig besonderer rechtfertigender Umstände, die über die Nachteile hinausgehen, die für den Antragsteller mit der Zwangsvollstreckung aus einem noch nicht rechtskräftigen Titel als solcher regelmäßig verbunden sind. Dies folgt aus der Entscheidung des Gesetzgebers, dass die Rechtsmittel Berufung und Beschwerde schon grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung haben (§ 154 Abs. 1 iVm § 86a; § 154 Abs. 2 SGG (Berufung); § 175 Satz 1 und 2 SGG (Beschwerde)) (vgl. hierzu auch BSG Beschluss vom 05.09.2001 – B 3 KR 47/01 R) und – bezogen auf die hier eingelegte Beschwerde – keiner der in § 175 Satz 1 und 2 SGG aufgeführten Tatbestände gegeben ist, der ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung nach sich zieht. In einem Verfahren auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Antragsteller mit dem Aussetzungsantrag ebenfalls eine nur vorläufige Regelung über die Aussetzung der Vollstreckung bis zur Beendigung des Instanzenzuges erstrebt. Ist aber schon das in der Hauptsache geführte Eilverfahren im Sinne eines nach Maßgabe des Art. 19 Abs. 4 SGG effizienten Rechtsschutzes darauf gerichtet, durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung schwere und unzumutbare Beeinträchtigungen abzuwenden, die durch die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden können (s. etwa BVerfG Beschluss vom 10.10.2003 – 1 BvR 2025/03; BVerfG aaO), so bedarf es für eine vorläufige Aussetzung der Vollstreckung nach § 199 Abs. 2 SGG im Eilverfahren der Glaubhaftmachung weiterer schwerwiegender Nachteile, die nicht anders abwendbar sind als in dem schmalen Zeitfenster bis zur Entscheidung über die Beschwerde (zur